

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 173/2018

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 49/2019

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. PAULA PLATAS GARCÍA

En Bilbao, a veintiuno de febrero de dos mil diecinueve.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 173/2018 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia, de 27 de Diciembre de 2.017, que sancionaba, a diecisiete empresas de transporte, por una infracción única y continuada de carácter muy grave del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, e imponía sanción pecuniaria de 47.940,27 €, por participar en acuerdos de transporte regular de uso especial (escolar público y colectivos privados) y del transporte discrecional, articulados en el seno de la también sancionada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, -AVITRANS-, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: AUTOBUSES GARAYAR SA, representada por la Procuradora Doña PAULA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigida por el Letrado Don JUAN CARLOS EUGENIO SANZ AZPIAZU.

-DEMANDADA: La AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, representada y dirigida por el SERVICIO JURÍDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de febrero de 2018 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña PAULA BASTERRECHE ARCOCHA actuando en nombre y representación de AUTOBUSES GARAYAR SA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia, de 27 de Diciembre de 2.017, que sancionaba, a diecisiete empresas de transporte, por una infracción única y continuada de carácter muy grave del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, e imponía sanción pecuniaria de 47.940,27 €, por participar en acuerdos de transporte regular de uso especial (escolar público y colectivos privados) y del transporte discrecional, articulados en el seno de la también sancionada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, -AVITRANS-, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades; quedando registrado dicho recurso con el número 173/2018.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en él expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 5 de junio de 2018 se fijó como cuantía del presente recurso la de 47.940,27 euros.

QUINTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SEXTO.- Por resolución de fecha 4 de febrero de 2019 se señaló el pasado día 7 de febrero de 2019 para la votación y fallo del presente recurso.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación de "**Autobuses Garayar, S.A**" combate en este proceso la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -CVC-, de 27 de Diciembre de 2.017, que le sancionaba, junto con otras empresas de transporte de viajeros por carretera con sede en Gipuzkoa, (17 en total), por una infracción única y continuada de carácter muy grave del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, -LDC-, y le imponía sanción pecuniaria de **47.940,27 €**, por participar en acuerdos de transporte regular de uso especial (escolar público y colectivos privados) y del transporte discrecional, articulados en el seno de la también sancionada Asociación Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Gipuzkoa, -**AVITRANS**-, de fijación de tarifas y reparto de los mercados en dichas modalidades. -Consta dicha resolución en los folios 8 a 85 de estos autos-.

Los fundamentos de la parte actora, que en vía jurisdiccional se exponen mediante escrito unido a los folios 164 a179, vienen caracterizados por la frecuente duplicación de motivos impugnatorios en los apartados de Hechos y de Fundamentos Jurídicos, con indebida aplicación del artículo 399 LEC en relación con el artículo 56.3 de la LJCA, de tal forma que, ya el primero de los supuestos antecedentes fácticos se enuncia como "**nulidad del expediente sancionador**" -f. 164 a 167-, con empleo de citas normativas que en esencia se reproducen luego con mayor brevedad a los folios 176-177 como *Fundamentos Jurídico-Materiales*. Lo propio ocurre con los demás motivos y cuestiones, que son argumentadas jurídicamente como "*hechos*" y luego repetidas como fundamentos de fondo (prescripción, falta de proporcionalidad de la sanción, ...).

Teniendo en cuenta que esta Sala conoce simultáneamente de numerosos recursos interpuestos por diferentes entidades sancionadas frente a la misma Resolución del CVC de 27 de Diciembre en el expediente con referencia 130-SAN-2016, no se puede prescindir del sustrato común que a todos esos litigios subyace, tanto en lo que se refiere a la subsunción de los acuerdos adoptados por *Avitrans* en el tipo legal de infracción del artículo 1º de la LDC, y a la continuidad y permanencia en el tiempo de acuerdos de tipo *cártel*, por lo que se hará un examen general de ese extremo, así como de la culpabilidad que, en su caso, se pudiese achacar a las empresas asociadas por razón de su intervención en las sesiones en que tales decisiones anticompetitivas se habrían adoptado, y, -en los que proceda alegatoriamente-, de su examen singularizado, siendo este núcleo principal de la controversia del que se derivará asimismo la eventual concurrencia de la prescripción de la infracción que sistemáticamente las partes oponen.

Previamente, se examinarán las cuestiones referidas a los vicios "*in procedendo*" que, como en este presente supuesto, la litigante actora atribuye a las actuaciones sancionadoras.

SEGUNDO.- En lo que se refiere al defecto procedimental que se presenta como invalidante de las actuaciones, se parte de que el Director de Investigación de la AVC Sr. Alday Ruiz, nombrado por Decreto del Gobierno Vasco para seis años, se abstuvo de

intervenir en las actuaciones en fecha de 3 de Julio de 2.015, siendo sustituido en el expediente nº 130 por otro Director mediante Resolución de la Presidencia de 6 de Julio, a cuyo efecto se aplicaba por analogía el régimen de suplencia del artículo 17 de la LRJ-PAC de 1.992, que la Resolución también invoca, con mención a la actual redacción del artículo 13 de la Ley 40/2015. Dicho Director sustituto, tras diversas órdenes de inspección, acordaría la incoación del expediente sancionador el 9 de Mayo de 2.016.

A esta solución se le opone que no se daba ninguna de las situaciones previstas por dicho artículo 17 y que, pese a lo que señala el artículo 12 de la Ley 12/2012, de 2 de Febrero, de la AVC, que asimila el nombramiento y cese del Director al del cargo de Presidente/a de la institución, -respecto del que si existe una precisión para casos de ausencia, enfermedad u otra cusa legal, en favor del vocal del Consejo de más antigüedad o edad, -artículo 7º-, nada de ello se daba respecto del Director, cuyo cese en definitiva no se habría aprobado ni publicado por quien lo nombró.

Estos argumentos son rechazados por la representación de los Servicios Jurídicos del GV, que insiste en que se trata de un mero cambio temporal del titular para que, ante el conflicto de intereses surgido, no se produzca la paralización de la investigación, lo que no supone cambio de titularidad alguna del órgano, sin que las previsiones de la Ley de la AVC respecto de la Presidencia puedan ser trasladadas a ese supuesto.

La Sala coincide necesariamente con el criterio que la Resolución recurrida y la contestación al escrito de demanda sustentan, pues independientemente de que la normativa autonómica de la AVC no contenga una previsión específica sobre la sustitución del cargo del Director en situaciones puramente ocasionales y pasajeras como la que en este supuesto se plantea, la legislación supletoria común es la que debe dar respuesta, como ocurría con el artículo 17 de la LRJ-PAC, o sucede con el artículo 13 de la vigente ley 40/2015, de 1º de Octubre, y en modo alguno cabe aspirar a que el supuesto se asimile al régimen de nombramientos y ceses de los cargos de que se trate, lo que, proyectado sobre la generalidad de los cargos públicos que implican tales formalidades del empleo de Decreto y publicación oficial, llevaría a consecuencias verdaderamente inasumibles a nivel interpretativo. Pero es que, sobre todo, se confunde la situación surgida con la propia de un cese, que es figura radicalmente ajena pues, como señala la parte demandada, ninguna separación del cargo conlleva para el interesado esa circunstancia particular que le aparta de un asunto, ya que, según los casos, lo continuará detentando tras un breve período de interrupción (ausencia, enfermedad) o, con más claridad todavía, ni siquiera dejará de ejercerlo con carácter general cuando se trata de la abstención o recusación, en que la inhibición de actividad se producirá "*ad hoc*" y se referirá a un concreto asunto, lo que en nada incide sobre la adscripción y vinculación a los cometidos y responsabilidades para las que ha sido designado, de las que no constituye cesación, sino normal ejercicio. Tampoco guarda parangón posible la situación dada con el régimen de sustitución que respecto de la Presidencia se contempla por la Ley 1/2012, de la AVC, que es peculiar de los órganos colegiados y tiende a garantizar la autocomposición interna de los mismos en supuestos tan coyunturales y episódicos como los previstos.

Se desestima, por tanto, dicho motivo de invalidez del procedimiento en que la Resolución se sustenta.

TERCERO.- Superado tal obstáculo de forma y procedimiento y abordando las llamadas cuestiones de fondo, se debe empezar por desarrollar que la Resolución recurrida, partiendo de las diversas clasificaciones del transporte de viajeros por carretera establecidas por la LPV 4/2004, de 18 de Marzo, que se dedica a dicha materia, se centra en los servicios regulares de uso especial (escolares y colectivos) y en los discrecionales, así como en su régimen de regulación tarifaria pública (tarifas máximas y mínimas), y a la regulación del derecho de preferencia que afectaba a los transportes de uso especial, con un posterior detallado examen de las licitaciones públicas que han afectado al mismo a lo largo de los últimos años. -Páginas 39 a 41-.

Seguidamente, considera probada el CVC la adopción de acuerdos por parte de la Asociación *AVITRANS* tanto en cuanto a "*fijación de precios*" como en "*reparto de mercado*". En las dos modalidades de servicios se reflejan por fecha y referencia en el expediente hasta 35 acuerdos a partir de 3 de mayo de 1.988 y hasta el 19 de marzo de 2.014 que se derivaban de diferentes órganos y elementos asociativos, (Junta Directiva, Junta General, Asamblea General, Sector de Servicios Regulares y Discrecionales), o de la confluencia de dicha Asociación con otros colectivos sectoriales (en especial, ANETRA) cuyo contenido prevalente sería el de fijar *tarifas fijas* para los asociados difundidas mediante circulares y modelos de adhesión para los ausentes, con alcance obligatorio, a fin de regir en los concursos de la Administración pública o como reacción ante ellos, (desiertos), con especial vigilancia hacia su cumplimiento, y control de empresas de zonas limítrofes. Respecto del reparto del mercado, se relacionan en su pormenor los acuerdos que ya en fechas remotas de 1.978 y posteriores darían base a un sistema de "*propiedad*" en favor de cada Empresa respecto del servicio a su favor, impidiendo la emisión de ofertas competidoras de las asociadas, salvo para nuevas rutas o servicios, ejemplificándolo con diversas situaciones dadas en el transcurso de los años, (casos *Leinz* y *Gurebus*, o *Ulacia*), y abarcando a *AVITRANS* y *ANETRA*. Todo ello daría lugar a denuncias, detecciones de incumplimientos y respuestas de tono sancionador (orden de no colaboración con el infractor) que se describen en cuadros de las páginas 32 y 33. El resumen auténtico de tales acuerdos (*Avitrans*) consta en el cardinal nº 226.

Posteriores apartados aluden a la vigencia de dichos acuerdos, con particular referencia a las manifestaciones hechas en la reunión sectorial de 19 de marzo de 2.014 a que luego se aludirá, y a otras muchas acreditaciones sobre la conexión entre la fijación de precios y el reparto de mercado, de todo lo cual no es posible hacer más completa exposición en este resumen de interés jurisdiccional, a salvo de remitirnos al cuadro de las páginas 86 a 90 sobre la participación de cada Empresa en cada una de las reuniones y período completo de tiempo que abarcan en cada caso.

Ya en la parte de Fundamentos de Derecho, la Resolución califica como muy graves a efectos del artículo 62.4.a) LDC, las conductas recogidas en el artículo 1º consistentes en *cárteles* u otros acuerdos que tengan dicho alcance, siendo de sancionar con multa de hasta el 10 por ciento del volumen total de negocios de la empresa

infractora, definiendo esa infracción como *única y continuada* según criterios de la jurisprudencia que se citan, examinando después desestimatoriamente el alegato sobre la concurrencia de prescripción al extenderse la infracción al menos hasta 2.015 en que comenzaron las inspecciones de la AVC, y sin entrar en escena el plazo de cuatro años del artículo 68.1 LDC, salvo en los supuestos que se indican (4 Empresas), a cuyo efecto se pronuncia la CVC sobre el alcance y significado de los últimos acuerdos desde 2010 a 2014, junto con el de 19 de Junio de 2.015 en que se trataba sobre las tarifas.

Dando por interrumpido en este punto significativo dicho resumen, la existencia acreditada de los acuerdos adoptados a lo largo de un dilatado período de tiempo y su contenido, hace muy poco plausible la perspectiva acerca de la inexistencia de una actuación de tipo cartel por parte de *Avitrans*, lo que, siquiera en momentos determinados y con oposición respecto de su alcance temporal, termina por ser reconocido por la generalidad de recursos de los intervinientes que se han interpuesto frente a la misma Resolución.

En esa primera vertiente, la jurisprudencia interna y de la Unión Europea adocina suficientemente sobre este punto, y así, tomando palabras de la reciente STS, C-A Sección 3ª, de 14 de marzo de 2018 (ROJ: STS 889/2018) en RC nº 1216/2015, que acogen fragmentos de la Sentencia de instancia, se lee que;

"La recurrente participó en todas las reuniones desarrolladas en el seno del cártel, tenía conocimiento de las mismas, facilitó la información que le correspondía, por tanto, la desobediencia al cártel que afirma, es irrelevante para la imputación, como autora de la infracción única y continuada del artículo 1 de la LEC tanto en la redacción de la Ley 16/1989 y Ley 15/2007.

Ya hemos señalado en anteriores ocasiones que un cártel consiste en un acuerdo informal entre empresas del mismo sector, que tienen por finalidad reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Implica un control sobre la producción y la distribución de bienes y servicios, de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, estas crean una estructura de mercado monopolística o cuasi monopolística, para obtener un poder sobre el mercado y los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores.

Este es, en esencia, el concepto que recoge la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007:

"2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones." (Subrayado nuestro).

Pues bien, esa caracterización resulta plena e ineludiblemente trasladable a la hora de calificar la actividad interna de *Avitrans*, de modo que resulta patentemente acreditado por medios probatorios directos y documentales incorporados a las profusas actuaciones del expediente de investigación, y sin que sea preciso manejar indicio, deducción, inferencia ni conjetura alguna para darla por acreditada. Y como no se llega a cuestionar la realidad y autenticidad de dicho soporte documental en forma de numerosas actas de los diferentes órganos de la Asociación, de cuyo aportadas y reconocidas por esta

misma, solo cabe concluir que falta en esas actuaciones y acuerdos documentados toda pauta de simple información económica o administrativa en favor de los asociados a que la mercantil recurrente intenta reconducirlas, y su directriz manifiesta era, en cambio, la de fijar precios determinados para los servicios y atribuir a los asociados determinada protección o reserva respecto de los ya antes obtenidos o prestados por los mismos, (reparto), como objeto típico y paradigmático de los acuerdos de *cártel*.

CUARTO- Seguidamente se trae a debate entre las partes la cuestión que afecta a la subsunción e incardinación en esa conducta asociativa de conjunto de la actividad, características, evolución en el tiempo, y hasta actitud desplegada por la Empresa recurrente, lo que implica aspectos facticos y también de culpabilidad infractora desde sus distintos enfoques y matices. (antijuridicidad, presunción de inocencia, prescripción, etc...).

El planteamiento al respecto de la sociedad recurrente dentro de su poco sistematizada alegación de conjunto se encuentra disperso bajo las rubricas que dedica a la *prescripción* (Hecho Segundo, folios 168 a 173), y *vulneración del principio de tipicidad, y existencia de causa de fuerza mayor*. (Hecho Tercero, folios 173 a 175).

El resumen de esas tesis de parte es que en todo caso se tratan de hacer valer por la Resolución unos acuerdos anteriores a 2.011, coincidentes con el período en que se ejercía violencia callejera contra los autobuses, atribuyendo a los acuerdos de 2.014 y 2.015 la llamada "*infracción por objeto*", pero, in embargo, no fueron tales y no permiten *estirar* la infracción y darla por continuada entre 1.988 y 2.015.

Se refiere en particular a que su presencia en las reuniones de *Avitrans* vino dada porque el Presidente de dicha asociación es el Administrador de la actora "**Autobuses Garayar, S.A**", y aduce que, además de en los transportes interurbanos, en el transporte escolar resultó adjudicataria de dos itinerarios en 2.010 no siéndolo de ninguno en 2.014, careciendo de presencia en dicho mercado pese a ser su administrador Presidente y de darse el supuesto *cártel*. Tampoco tendría presencia en el transporte discrecional, al que no se dedica.

De todo lo anterior deduce que ha habido error en la valoración de su conducta y no se observa la exigencia de culpabilidad pese a que la Resolución aluda a la infracción "*por objeto*" en su páginas 96 y 98, pues no analiza esa ausencia de adjudicaciones, y su reproche se basa en esa mera asistencia a las reuniones, de manera que el CVC no considera prescrita las supuestas infracciones de la misma con nueva transcripción y posicionamiento sobre las sesiones de 2.014 y 2.015. y con indicación que se reconoce por la AVC que no se han detectado prácticas anticompetitivas en el transporte regular de viajeros en que opera.

Ahora bien, comenzando por una respuesta general a dichas proclamaciones de parte, y con carácter común a la impugnación múltiple de la Resolución del CVC en el expediente 130/2016, reiteramos aquí también que en el Derecho de la Unión recogido por la jurisprudencia interna, se registran notorias tomas de posición que extraemos

primero de la sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-4411/11, donde señalaba que:

"70.- A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 57, así como de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. 1-8725, apartado 94).

71.- Tales indicios y coincidencias, evaluados globalmente, no sólo pueden revelar la existencia de acuerdos o prácticas contrarios a la competencia, sino también la duración de prácticas colusorias continuadas y el periodo de aplicación de acuerdos celebrados en contra de las reglas en materia de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 95 y 96).

72.- Por lo que respecta a la falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos períodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un período concreto, procede recordar que el hecho de que no se haya aportado tal prueba para algunos períodos determinados no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continuada (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 97 y 98).

73.- Asimismo, de la jurisprudencia resulta **que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y pone en riesgo que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar la responsabilidad de la empresa afectada** (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 84).

74.- Por otro lado, **una empresa no puede eximirse de su responsabilidad invocando que no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o de que su papel en la realización de los aspectos en los que haya participado fue limitado, dado que estas circunstancias no cuestionan su responsabilidad por la infracción.** En efecto, sólo procede tomar en consideración dichas circunstancias cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine el importe de la multa (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 86)."

-Otras Sentencias posteriores, -recogidas en una larga serie de pronunciamientos de la Sala de la AN de 28 de Diciembre de 2.017-, han incidido sobre eventuales aspectos de exculpación dentro de esa dinámica asociativa de los acuerdos, y así, la STJUE, de 24

junio 2015, en asunto C-263/2.013 sintetiza el criterio seguido en esta materia al señalar lo siguiente:

"156.- Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un **«plan conjunto»**, debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones *en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto* (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU: C:2012:778, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157.- Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así *ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción*. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada).

158.- En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. *Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo*. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la *responsabilidad de la totalidad de los comportamientos* contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 43).

159.- Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, **pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados** por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía

haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 44)".

(...) 2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción."

-Para ir concluyendo esta panorámica, vamos a hacer referencia a la STS, C-A Sección 3ª de 7 de Noviembre de 2016 (ROJ: STS 4871/2016) en RC nº 1047/2016, de la que extraemos estas consideraciones asimismo atinentes al supuesto ahora enjuiciado;

"Esta Sala considera que la exigencia de responsabilidad a la Asociación (...), por la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se justifica en que ha contribuido con su comportamiento cooperativo a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por los participantes en el cártel promovido por la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores (ELTC); la Asociación de Empresas Autónomas, Cooperativas del Transporte de mercancías por contenedor de los puertos de la Comunidad (...) y la Asociación de Transportistas de Contenedores (...), con el objeto de impedir la competencia en el mercado relevante de la prestación de los servicios de transporte de contenedores por carretera con origen o destino en el Puerto de (...).

(...) Por ello, sostenemos que la circunstancia de que la Asociación Naviera (...) -de la que pueden formar parte, según los Estatutos, empresas navieras, armadores o consignatarios y estibadores o contratistas de carga y descarga de buques, e integrada, cuando se inicia el expediente sancionador, por 7 empresas estibadoras y 51 empresas consignatarias de buques-, no opere directamente en el mercado de servicios de transporte por carretera de contenedores, y no pueden, en consecuencia, organizar, contratar o facturar dichos servicios, en cuanto son demandantes de los mismos, no excluye que, tal como declaró la Comisión Nacional de la Competencia en su resolución de 27 de septiembre de 2013, pueda considerarse partícipe de las

conductas anticompetitivas ilícitas llevadas a cabo por las empresas que desarrollan su actividad en el sector de la prestación de servicios de transporte de contenedores por carretera en el Puerto de (...).

Al respecto, cabe referir que ***ha quedado debidamente acreditado en el expediente sancionador que la Asociación Naviera ha participado -al menos desde el 13 de junio de 2004-, en reuniones convocadas por las citadas asociaciones de transportistas con el objetivo de fijar tarifas comunes y acordar otras condiciones contractuales relativas a la prestación de dichos servicios, que concluyeron en la formalización de acuerdos anticompetitivos, contribuyendo con este comportamiento concordante a garantizar la efectiva aplicación de dichos acuerdos anticompetitivos.***

Procede, asimismo, subrayar que de los hechos declarados probados en la resolución sancionadora, no se infiere que la Asociación Naviera se hubiera distanciado públicamente de los acuerdos restrictivos de la competencia o que hubiera denunciado la conducta de los otros partícipes con el fin de que cesaran las conductas anticompetitivas ilícitas.

En este sentido, observamos que la defensa letrada de la Asociación Naviera (...) no cuestiona los hechos probados descritos en la resolución sancionadora, que son la base de la imputación de haber cometido una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino la valoración que la Comisión Nacional de la Competencia ha realizado en relación con la supuesta participación del ANV en los acuerdos de precios, al menos desde 2002, que considera que es errónea, ya que -según se aduce- la asistencia a reuniones y la recepción de información de las empresas transportistas para acordar las revisiones de precios, tal como consta en las Actas de la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores (...), no evidencia la implicación de la Asociación en las prácticas investigadas en el expediente sancionador.

Esta tesis argumental no resulta convincente para excluir la responsabilidad de la Asociación Naviera (...), derivada de su participación de forma más o menos activa -según los periodos investigados- en la cartelización del mercado de prestación de servicios de transporte de contenedores por carretera.

Cabe recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expuesta en la sentencia de 22 de octubre de 2015 (C-194/14), que se reitera en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-319/15), ***incluso «los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan, una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativa produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase, en este sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada)».***

(...) La resolución sancionadora considera que ha quedado acreditada su participación en reuniones celebradas el 15 de junio de 2004, en junio de 2008, en mayo de 2010 y en febrero de 2011, promovidas a iniciativa de asociaciones de empresas de logística y de transporte de contenedores por carretera, que agrupan las ofertas de los servicios de transporte de contenedores en el Puerto de (...), con la finalidad de negociar acuerdos de fijación de los precios y tarifas, y otras condiciones contractuales de prestación del servicio, relativas a las repercusiones sobre los

precios de las revisiones del IPC y de los incrementos del precio del gasoil, o referidas a las condiciones temporales de su aplicación.

(...) En este sentido, no cabe objetar que resulte improcedente imputar responsabilidad a la Asociación Naviera (...), al no existir -según se aduce- «concordancia de voluntad» o, al menos, haber expresado ANV su voluntad libre de formar parte de acuerdo alguno». De los hechos probados en la resolución sancionadora -que no han sido desvirtuados en sede judicial- no se desprende la existencia de una denuncia formal de hechos de carácter coercitivo, imputables a las asociaciones de empresas del transporte, residenciables por su intensidad en el ámbito penal, que hubieran forzado a sus representantes a participar en dichas reuniones, o que hubiera hecho alguna manifestación que evidencie su disconformidad o distanciamiento con los acuerdos anticompetitivos adoptados"

-Asimismo, para conjugar debidamente el marco jurisprudencial acerca de tales infracciones, es de citar la STS, C-A, Sección 3ª, de 19 de octubre de 2018 (ROJ: STS 3622/2018) en Casación nº 4389/2017, al decir que;

"Lo cierto es que la consumación del ilícito previsto en el artículo 1.1 de la LDF se produce por el hecho de producirse alguna de las conductas descritas en este precepto. La infracción existe desde que la asociación adoptó la recomendación contraria a la competencia que sea preciso para su consumación que se lleve a la práctica. Tal y como afirma la STJUE de 27 de enero de 1987 (asunto Verband der Sachversicherer vs Comisión, asunto 45/85, párrafo 32) *"según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo es superfluo desde el momento en que resulta que tiene por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia. **La misma consideración se aplica a una decisión de una asociación de empresas"**.*

Dicho todo esto, y dando ya una respuesta más precisa a los planteamientos de la firma actora *"Autobuses Garayar, S.A*, los argumentos expuestos sobre el carácter de su participación en la conformación y operatividad de los acuerdos de *cártel* sancionados, en modo alguno permiten superar esos sin duda exigentes parámetros del Derecho de la Competencia que, con inevitable extensión, acabamos de reseñar, pues como opone la Resolución, fueron muy numerosas las reuniones en que tales decisiones anticompetitivas se adoptaron o mantuvieron en que la referida firma participó sin objeción ni reacción efectiva entre 2.000 y 2.014, -cardinales 164 a 167-, pero además, se da la circunstancia reconocida y también señalada de contrario -folio 212 de estos autos-, de que el propio Presidente de *Avitrans* era el Administrador de dicha entidad mercantil, con lo que, sin duda, esa sociedad se encontraba representada en tales reuniones de manera especialmente cualificada por quien, en su nombre, presidia las mismas. Carece de toda consistencia, al contrario, presentar esa relación con dicho máximo cargo con el cariz disociado que parece imprimírsele en las alegaciones actoras, como si cargo y sociedad representada fuesen sujetos ajenos entre sí, y la referida mercantil constituyese mero *adlátere* sin voluntad propia.

Tampoco merece acogimiento la muy vacua réplica al carácter de **"infracción por objeto"** que la Resolución asigna al contenido de los acuerdos adoptados con soporte en Sentencias del TJUE como la de 20 de Enero de 2.016 en asunto C-373/2014, y otras del Tribunal Supremo, -párrafos 183 y siguientes, paginas 96-97 de la misma-, pues si precisamente esa calificación exime de indagar sobre los efectos anticompetitivos

efectivos sobre el mercado afectado, a diferencia de la infracciones que son presumidas o inferidas racionalmente precisamente por razón de ese resultado ostensible, carece de sentido objetar que no se han analizado ni hecho estudios orientados a acreditar las prácticas anticompetitivas en que haya incurrido la sociedad recurrente.

Los elementos de antijuridicidad y de culpabilidad quedan así sólidamente establecidos y por exhaustividad cabrá añadir que no le es posible al Tribunal tampoco deducir una conexión causal directa ni explícita y determinante de la situación de violencia terrorista padecida en aquellos años en Gipuzkoa con su manifestación de ataques callejeros contra las flotas de autobuses y las numerosas pérdidas de unidades que estadísticamente se documentan, pues, en todo caso, y de referirse con ello a una grave e ilegítima incitación social y ambiental a garantizar unos mínimos económicos frente al daño derivado de esos ataques, ese resultado debería constatarse por otros medios y haber dado lugar a la solicitud de medidas del poder público adjudicador y no así a unilaterales restricciones de acceso a competidores, apuntadas pero inexplicadas como tales en ese contexto.

QUINTO.- En relación con la *prescripción* de la infracción que igualmente se trae a escena por la recurrente, concurre la confrontación de dos tesis; la Resolución recurrida, -nº 209 a 235-, hace un detenido recorrido por el fundamento legal del artículo 68 LDC; interrupción para algunas empresas desde el 3 de diciembre de 2.015 por ser inspeccionadas; incoación del expediente sancionador el **9 de Mayo de 2.016** y un cuadro temporal de las últimas actuaciones de cada sociedad (página 105), que favorecía su acogimiento para cuatro de aquellas cuya última actividad infractora no superaba los meses finales de 2.011, mientras que las demás, incumbidas por los acuerdos de 19 de marzo de 2.014 y 19 de Junio de 2.015, no se beneficiaban de esa extinción de responsabilidad. Las actas de esas últimas fechas son objeto de especial atención que el CVC, partiendo de su validez y contenido reafirmador de los acuerdos anteriores en su integridad y modalidades diversas, o de su carácter íntegramente reproductor de actas de 2.008 y 2.009 en relación con "**tarifas 2015**" en el caso del acta de 19 de Junio de 2.015. -Transcrita en páginas 118 a 120 de la Resolución-.

La posición contraria favorable a haberse consumado la prescripción partiría en el mejor de los casos de no existir actuaciones después del **9 de mayo de 2.012** desde la premisa de que en las actas de 6 y 19 de marzo de 2.014 con distintos presentes, no se fijaron precios ni se repartieron mercados, y simplemente reflejaron dudas sobre la vigencia de los anteriores acuerdos, sin siquiera precisarlos (y solo afectarían así al transporte escolar del que se trataba en aquella ocasión), de manera que la parte actora esgrime o bien su última participación anterior en adopción de acuerdos, o bien las últimas actuaciones de adjudicación de rutas de transporte escolar, como hitos a contar de los cuales debería considerarse el "*dies a quo*" del cómputo de una prescripción que tiene por consumada.

Sin embargo, tales planteamientos no cuentan con eficacia demostrativa de que esa extinción de la responsabilidad administrativa sancionadora se haya producido.

Partiendo del contenido de actas como la de 19 de Marzo de 2.014, en que los órganos de la Asociación implicados ratificaban la vigencia de los anteriores acuerdos, -a lo que solo cabe decir que si era *Avitrans* quien los considera vigentes y formalmente reactivados, mal se explica por qué la Administración habrá de concluir lo contrario, pues no se trataba de un estéril ejercicio de diletantismo sino de una plena confirmación-, es de traer nuevamente a colación la doctrina que se ha ido recogiendo en anteriores fundamentaciones de esta misma Sentencia.

Ya hemos destacado párrafos de resoluciones del TJUE conforme a los cuales la falta de prueba de existencia de un acuerdo durante algunos períodos determinados no impediría considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. Y que en el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continuada.

Esa sería la situación a considerar en el caso limite en el presente supuesto por más que la adopción de los acuerdos con su contenido más explícito no se produjera de manera manifiesta, ritual y formal a lo largo de cierto período intermedio ya fuese desde 2008, 2009 o 2010 u otra fecha en que su vigencia resultase incontrovertible y manifiesta. Lo relevante es que, objetivamente, los acuerdos se daban por efectivos sin salvedades ni matices en marzo de 2.014 aunque no hubiese habido ocasión reciente de aplicarlos a situaciones concretas de las modalidades de transporte afectadas, o de hacerlos nuevamente saber a los asociados. De este modo, no cabrá dar por prescrita la responsabilidad de Asociación y asociados a contar de aquellas fechas pasadas, sino que la nueva exteriorización desvelará una línea de continuidad en el ámbito de esa finalidad anticompetitiva claramente asumida a lo largo de los años y numerosas veces reiterada. Difícil es igualmente no deducir del acta de 19 de Junio de 2.015 esa concomitancia con las de anteriores ejercicios en clave de repetición de contenidos regulatorios sobre tarifas mínimas y máximas.

Por demás, ya que se aspira en todo caso a la exoneración singular de responsabilidad de la mercantil litigante, habría que reiterar lo que más arriba se ha señalado con la jurisprudencia del TJUE acerca de que la presencia del *plan conjunto* que en este caso se patentiza, implica en la totalidad de actividades a aquellos partícipes que, como la actora, a través de su permanencia de 27 años y de su participación en numerosas si no todas la reuniones, y con un notorio papel dirigente o de especial protagonismo, demuestran conocer el alcance y las consecuencias de tales acuerdos, sin responder exclusivamente de la actuación propia y directamente atribuible.

Se rechaza por ello el motivo impugnatorio en cuestión.

SEXTO.- En el capítulo final de valoración individual de la sanción que desarrolla en los folios 177 a 178 de estos autos, la parte recurrente proclama la

insuficiente motivación de la concreta sanción impuesta a la recurrente mediante explicaciones que no permiten conocer por qué con la menor participación, (0,38%) se le aplica tipo sancionador de 1,41% de multa, frente a otras Empresas de mayor cuota que sufren luego menor porcentaje sancionador por atenuantes que concurrirían también en la actora (boicot a *Ulacia*). No se puede deducir de la Resolución cuales han sido los criterios de fijación de la cuota de participación y del tipo sancionador lo que genera indefensión, con citas de jurisprudencia.

Tomando como base la STS, C-A Sección 3ª de 29 de enero de 2015 (ROJ: STS 112/2015) en RC nº 2872/2013, dice dicha Sentencia que;

“Debemos afrontar a continuación las cuestiones que se suscitan en el recurso sobre la interpretación del mismo precepto (artículo 63.1 de la Ley 15/2007) en cuanto contiene la expresión "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Sobre dicha base o volumen se aplican, ya ha quedado expuesto, los porcentajes del uno, el cinco o el diez por ciento para fijar el límite superior de la escala sancionadora según la levedad, gravedad o mayor gravedad de las infracciones, respectivamente. Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora.

La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "ámbito de vulneración", concluye que "[...] el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción".

Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el Abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance.

Comenzaremos por subrayar que en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar -salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio Legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de "totalidad".

La utilización de una magnitud como el "volumen de negocios" para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro

juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si se aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la "situación económica del culpable" se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código Penal a los efectos de la imposición de las multas. Y en cuanto factor de cálculo es también utilizado en otros sectores del derecho administrativo sancionador, como es el caso de ciertas infracciones tributarias (aun cuando atemperado por unos topes máximos adicionales, por ejemplo en el artículo 203 de la Ley General Tributaria que sanciona determinados comportamientos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria con "multa pecuniaria proporcional de hasta el dos por ciento de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural anterior a aquél en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10.000 euros y un máximo de 400.000 euros").

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro: el artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves "el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio". Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003 cuyo artículo 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan sólo "en la rama de actividad afectada".

La expresión "*volumen de negocios*" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. *En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.*

(...) Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva

resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. **Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse".**

Entre otras, la STS, Contencioso, Sección 3 del 25 de mayo de 2017 (ROJ: STS 2125/2017) RC nº 3259/2014, prosigue en esa línea;

“Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007.”

Si ahora nos trasladamos al marco de la Resolución de la CVC impugnada, la individualización de las sanciones se articula del modo que sigue;

-El cuadro del epígrafe 310 refleja el “*volumen de negocios total*” de cada empresa en el ejercicio de 2.016. Hay que reiterar que esa y no otra es la magnitud que determina el límite del 10 por 100, máximo al que podría llegar la sanción.

De este modo, inicialmente la sanción a imponer a *Autobuses Garayar S.A.*, podría alcanzar hasta **339.438 €**, (s/ 3.394.382,82 €), muy por encima de los ya indicados **47.940 €** de la sanción impuesta.

-El siguiente cuadro es el del epígrafe 312 (página 148 de la Resolución), que cifra porcentualmente la “*cuota de participación en la conducta*” de cada Empresa sancionada, lo que toma como base el volumen total de negocios afectados por la infracción. Es decir, el agregado de todas las sancionadas, que no nos consta especificado, y que no coincide ya con el resultado de sumar los volúmenes del cuadro 310.

Ese porcentaje expresaría la aplicación a cada empresa sancionada de los criterios legales del artículo 64.1.a) y d) de la LDC, ponderando por años los períodos de actividad de cada una en cada modalidad de transporte afectada por la resolución (usos especiales y discrecional), y valorando el volumen de negocios de cada una en el “*mercado afectado*”, dependiendo de duración e intensidad de participación en ella (la infracción). Parece de todo esto deducirse que ese cuadro tiene en cuenta a efectos legales, la dimensión y características del mercado afectado y también la duración de la infracción.

El epígrafe ofrece referencias casuísticas y ejemplificativas de ambos criterios (cita años en algunos casos y disparidad de actividades de empresas), pero lo cierto es que no es posible determinar cómo se obtiene en particular el porcentaje atribuido a cada empresa, que es operación explicativa de carácter mixto que la resolución omite, de manera que ni la Empresa sancionada ni el Tribunal revisor puede conocer la regla o reglas de ponderación aplicada que den como resultado aquel porcentaje individual sobre el volumen total de negocios en el mercado afectado, cuya magnitud global, como decimos, tampoco se indica.

-Un tercer cuadro, (315) cifra finalmente el porcentaje de sanción de cada empresa, pero nuevamente sobre el *volumen de negocios total* de la misma, que, agregado, volvería a coincidir con el del cuadro 310, pero no así con la base de negocio afectado del 312, que en principio, sería más restringida al dedicar muchas de las Empresas su actividad igualmente al transporte regular de viajeros excluido del expediente y no ser tampoco idéntica su dedicación a los segmentos inspeccionados.

Ocurre en suma que el porcentaje que la sanción representa en dicho cuadro 315 sobre el volumen total de negocios de cada sancionada, y que constituye el último paso de cara a su cuantificación, (tras aplicarse atenuantes a varias Empresas que no se cuantifican), pese a ser una fórmula que legalmente no puede ser reprochada en abstracto, deja en muy notoria indeterminación el cómo se obtiene, pues si bien no cabe predicar una general coincidencia entre los porcentajes heterogéneos que los cuadros 312 y 315 reflejan, sería preciso, primero, verificar qué cifras de negocio concretas de la recurrente se consideran afectadas, -por periodos de tiempo y tipos de mercado-, y después, con un índice o módulo objetivo y homogéneo de determinación de la multa basado en dicha participación relativa y, en su caso, atenuantes o agravantes valoradas, cifrar su cuantía, con o sin referencia al máximo del 10 por 100, siempre que no se supere el mismo.

En otro caso, la desconexión entre esos cuadros se hace plena y no permite, ni antes ni después de su análisis, deducir la coherencia y proporcionalidad de la multa para cada Empresa sancionada, que ha de tenerse así por insuficientemente motivada, más allá de que, como la Administración demandada defiende, se sitúe dentro de los límites de su “*competencia*” por no alcanzar el máximo legal del 10 por 100, pues no se trata de afirmar aspectos competenciales y de que la imposición quede motivada exclusivamente en ese extremo, abriendo por lo demás el margen para una libre e inmotivada imposición que, aun con importantes márgenes de discrecionalidad, no se atenga estrictamente a reglas de modulación proporcional y exentas de agravio entre los sancionados que éstos puedan entender y en su caso, discutir, en términos de trato equitativo entre ellos y de correlación

con los criterios legales de graduación, excluyéndose de este modo toda eventual arbitrariedad.

Lo anterior conlleva que la resolución infrinja esos estándares de motivación y que el recurso haya de ser objeto de estimación parcial en lo que a esta cuestión respecta, debiendo la Administración demandada, -según el patrón jurisdiccional sistemáticamente acogido por la jurisprudencia para tales supuestos-, formular una nueva cuantificación de la sanción que satisfaga tales parámetros y con sujeción a la legalidad aplicable, bien entendido que, cualquiera que sea el resultado de la misma, habrá de respetarse el límite máximo inicialmente impuesto, en aras del principio de la "**non reformatio in peius**" que consagra actualmente el artículo 119.3 de la LPCAP 39/2015, de 1 de octubre.

Esa deficiencia de motivación, recayente sobre la determinación proporcional de la multa, conlleva un defecto conducente a la estimación parcial del recurso a fin de que se practique una nueva cuantificación detallada ajustada a los criterios normativos de los artículos 63 y 64 de la LDC.

SÉPTIMO.- La parcial estimación excluye toda imposición preceptiva de costas a las partes procesales- -Artículo 139.1 LJCA-.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación al caso, la Sala, (Sección Primera), dicta el siguiente;

F A L L O

**ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA PAULA BASTERRECHE
ARCOCHA EN REPRESENTACIÓN DE "AUTOBUSES GARAYAR, S.A",
FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA
DE 27 DE DICIEMBRE DE 2.017, QUE LE IMPUSO SANCION DE 247.940,27
EUROS POR UNA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA DE CARACTER
MUY GRAVE DEL ARTÍCULO 1.1 DE LA LEY DE 15/2017, DE 3 DE JULIO, Y
CON GENERAL DESESTIMACIÓN DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO,
ACOGERLO EN LO QUE SE REFIERE A LA INSUFICIENTE MOTIVACIÓN
EXAMINADA EN EL F.J. SEXTO DE LA PRESENTE, DEBIENDO
PROCEDERSE COMO EN EL MISMO SE INDICA, CON ANULACIÓN DE
DICHA RESOLUCIÓN EN LO RELATIVO A LA CUANTIFICACIÓN DE LA
SANCIÓN, SIN HACERSE IMPOSICIÓN DE COSTAS.**

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el

plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0173 18, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 21 de febrero de 2019.